



Roj: **STSJ AND 12194/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:12194**

Id Cendoj: **18087330042024100559**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Granada**

Sección: **4**

Fecha: **11/07/2024**

Nº de Recurso: **247/2022**

Nº de Resolución: **2314/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **MARIA ISABEL MORENO VERDEJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

ROLLO DE APELACIÓN 247/22

SENTENCIA NÚM. 2314 DE 2024

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a Beatriz Galindo Sacristán

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Ricardo Estevez Goytre

D^a M^a María Isabel Moreno Verdejo

En la ciudad de Granada, a once de julio de dos mil veinticuatro.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso de apelación número 247/22, dimanante del procedimiento núm. 460/20 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Granada; siendo apelante **EDIFICIOS INDUSTRIALES GRANADINOS SL**, representada por la Procuradora Dña. María Fidela Castillo Funes. Parte apelada el **AYUNTAMIENTO DE GRANADA** representado por el letrado D. David Jodar Vinuesa, y **Dña. Eloisa**, representada por la Procuradora Dña. María Auxiliadora González Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por EDIFICIOS INDUSTRIALES GRANADINO SL se interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución del Excmo. Ayuntamiento de Granada que desestima parcialmente el recurso de reposición interpuesto contra el Decreto de 9 de abril de 2019 en virtud del cual se deniega licencia urbanística de cambio de uso y legalización de obras de ampliación de la planta NUM000 ejecutadas en el inmueble sito en DIRECCION000 . Tramitado conforme a las normas del procedimiento ordinario, en fecha de 13 de octubre del 2021 se dictó sentencia en cuyo fallo se decía "Que debo Desestimar y Desestimo el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Sra. Procuradora doña MARIA FIDEL CASTILLO FUNES, en nombre y representación de la entidad mercantil "EDIFICIOS INDUSTRIALES GRANADINOS, S.L." contra el Decreto de 9 de abril de 2019 dictado por el Excmo. Ayuntamiento de Granada. Que confirmo la resolución recurrida por ser conforme a derecho."

SEGUNDO.-Notificada la referida sentencia se interpuso recurso de apelación por EDIFICIOS INDUSTRIALES GRANADINOS SL, suplicando que se dicte sentencia por la que revoque aquélla y estime el recurso formulado, con imposición de las costas a la contraria.



TERCERO.-Dado traslado del escrito de interposición del recurso de apelación, procedió la representación procesal del Ayuntamiento de Granada, a presentar escrito de oposición al recurso de apelación

CUARTO.-Elevadas las actuaciones a la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para la tramitación y resolución del recurso de apelación interpuesto, y no habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, ni la celebración de vista ni la presentación de conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones.

Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso. Actuó como Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a María Isabel Moreno Verdejo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El presente recurso de apelación tiene por objeto la sentencia nº 284/2021, de 13 de octubre de 2021 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Granada en el procedimiento ordinario 460/20, que desestimó el recurso contencioso administrativo frente a la resolución del Excmo. Ayuntamiento de Granada que desestima parcialmente el recurso de reposición interpuesto contra el Decreto de 9 de abril de 2019 en virtud del cual se deniega licencia urbanística de cambio de uso y legalización de obras de ampliación de la planta NUM000 ejecutadas en el inmueble sito en DIRECCION000 .

SEGUNDO.-Cuestión previa: Sobre la naturaleza del recurso de apelación.

Como señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998 (recurso núm. 6192/1992) " El recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria de pronunciamiento recaído en primera instancia. La jurisprudencia – Sentencias de 24 de noviembre de 1987 , 5 de diciembre de 1988 , 20 de diciembre de 1989 , 5 de julio de 1991 , 14 de abril de 1993 , etc.- ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere, la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que esta venga ejercitada, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo".

En el mismo sentido la STS 14 junio 1991, con cita de las SSTS de 22 de junio y 5 de noviembre de 1990 y 19 de abril de 1991, afirma que " el recurso de apelación no tiene por objeto reabrir el debate sobre la adecuación jurídica del acto administrativo, sino revisar la Sentencia que se pronunció sobre ello, es decir, la depuración de un resultado procesal obtenido con anterioridad, por la que el escrito de alegaciones del apelante ha de ser, precisamente, una crítica de la Sentencia impugnada con la que se fundamente la pretensión revocatoria que integra el proceso de apelación, de suerte que, si esa crítica se omite, se priva al Tribunal ad quem del necesario conocimiento de los motivos por los que dicha parte considera a la decisión judicial jurídicamente vulnerable, sin que se pueda suplir tal omisión ni eludir la obligada confirmación de la Sentencia por otro procedimiento, ya que la revisión de ésta no puede "hacerse de oficio por el Tribunal competente para conocer del recurso" (Sentencia de 19 de abril de 1991)".

En las antedichas circunstancias -esto es, articulada adecuadamente la apelación como un juicio crítico a la Sentencia dictada en la instancia- y como sostiene el Tribunal Supremo, el recurso de apelación transmite al Tribunal ad quem la plenitud de competencia para resolver y decidir todas las cuestiones planteadas en la primera instancia, como recuerda la STS 17 enero 2000 (recurso 3497/1992).

2.- Doctrina sobre la valoración de la prueba practicada en la primera instancia.

En relación con la valoración de la prueba, es reiterada y constante la doctrina Jurisprudencial que destaca que en el proceso contencioso administrativo la prueba se rige por los mismos principios que la regulan en el proceso civil, y no se puede olvidar que la base de la convicción del Juzgador para dictar sentencia descansa en la valoración conjunta y ponderada de toda la prueba practicada. Esta Sala, como puede verse en la sentencia de 18 de julio de 2016, dictada en el recurso de apelación 633/2014 (Sección Primera), entre otras muchas, viene señalando que "la Sala considera menester recordar que el Juez a quo ha de valorar los medios de prueba, salvo las excepciones legalmente previstas (artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), "según las reglas de la sana crítica" - artículos 316.2 , 326, último párrafo, 334, 348 y 376 LEC -, lo que implica que, en principio, ha de respetarse la valoración efectuada por el Juez de instancia, máxime dada la inmediación en la práctica de la prueba, siempre que no sea manifiestamente ilógica, irracional, arbitraria o



absurda, o cuando conculque principios generales del Derecho (sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1999 , 22 de enero de 2000 , 5 de febrero de 2000 , entre otras), sin que esté permitido sustituir la lógica o la sana crítica del Juzgador por la de la parte. Por eso, aun cuando la apelación transmite al Tribunal "ad quem" la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas a través del recurso, cuando lo cuestionado es la valoración de la prueba practicada en el curso del proceso, se viene manteniendo que, en la valoración de la prueba practicada en el curso del proceso, debe primar el criterio objetivo e imparcial del Juzgador de instancia sobre el juicio hermenéutico, subjetivo y parcial de la parte apelante, de modo que es preciso acreditar una equivocación clara y evidente en el juicio valorativo del órgano jurisdiccional para acoger este motivo de apelación."

En consecuencia, es el Juez "a quo" el que ha de valorar los medios de prueba, salvo las excepciones legalmente previstas como la del artículo 319 de la Ley 1/2.000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil , para los documentos públicos, "según las reglas de la sana crítica", - artículos 316.2 para el interrogatorio de las partes, 326, último párrafo, para los documentos privados, 334 para las copias reprográficas, 348 para la prueba pericial y 376 para la testifical, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes citada-. Ello implica que, en principio, ha de respetarse la valoración efectuada por el Juez de instancia siempre que la misma no sea manifiestamente ilógica, irracional, arbitraria, absurda o conculque principios generales del derecho (STS de 22 de Septiembre , 6 de Octubre y 19 de Noviembre de 1.999 , 22 de Enero y 5 de Febrero de 2.000), sin que esté permitido sustituir la lógica o la sana crítica del Juzgador actuante por la de la parte (sentencias del mismo Alto Tribunal de 30 de Enero , 27 de Marzo , 17 de Mayo , 19 de Junio y 1 de Octubre de 1.999 , de 22 de Enero y 5 de Mayo de 2.000 entre innumerables otras).

Ha de subrayarse, por otro lado, como nos recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de febrero de 2018 (recurso de casación 2386/2016), que "Respecto de la forma de acometer la valoración de la prueba, también es consolidada la jurisprudencia que afirma la validez de la valoración conjunta de los medios de prueba, sin que sea preciso exteriorizar el valor que al Tribunal sentenciador le merezca cada concreto medio de prueba obrante en el expediente administrativo o la aportada o practicada en vía judicial. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que "... la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los jueces y tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas" (ATC 307/1985, de 8 de mayo)". Doctrina que ha sido recogida por esta Sala, por ejemplo, en sentencia de 2 de noviembre de 2021 (recurso de apelación nº 4296/2020, Sección Tercera).

TERCERO.-Aplicación de la doctrina al caso concreto.

1.- *Error en la valoración de la prueba al no considerar probado que las obras no fueron clandestinas y que la recurrente actuó de buena fe.*

Argumenta la parte apelante que como señala el fundamento primero de la sentencia recurrida, no es cuestión a debatir la entidad de la actuación realizada por el recurrente, que la califica literalmente como "una intervención de escasa entidad constructiva y sencillez técnica", añadiendo que no es perceptible desde la vía pública. Aunque la sentencia no lo señala, esta consideración lleva a que la legalización de la intervención haya de tramitarse como obra menor. También se reconoce en la sentencia, en su fundamento jurídico segundo que tampoco es cuestión discutida la situación legal de fuera de ordenación de la planta. Sin embargo, parece que la sentencia, aunque no lo señala de forma clara, acoge la tesis del Ayuntamiento de que la intervención se realizó de forma clandestina, y en modo alguno es así, puesto que antes del inicio de las obras se presentó la comunicación previa en la que se valoraba el coste de las obras en 25.000 € aproximadamente y abonó puntualmente tanto la tasa como el impuesto que gravaba la actuación. Si se añade que es circunstancia comúnmente reconocida que en Granada todas las intervenciones que son comunicadas por los administrados son puntualmente inspeccionadas por los servicios municipales, esa afirmación es insostenible, puesto que va contra actos expresos no solamente del recurrente sino del propio Ayuntamiento. Cuestión distinta es que el procedimiento de autorización debió ser el propio al de concesión de una licencia de obra menor y no el de comunicación en aplicación de la ordenanza municipal de licencias. Aunque esta circunstancia pudo provocar que las obras realizadas quedaron sin cobertura en título habilitante, pero nunca provocó o contribuyó a su clandestinidad, puesto que se comunicaron y se abonaron la tasa y el impuesto municipal con carácter previo al inicio de las obras. La sentencia tampoco valora debidamente que toda la actuación estuvo presidida por la buena fe y la absoluta colaboración con el Ayuntamiento. Así, pese a que la intervención solo podía calificarse como obras menores, no opuso obstáculo alguno cuando el Ayuntamiento le indicó que debía presentar un proyecto de legalización, documento mucho más complejo y costoso que el que realmente correspondía, una simple memoria técnica.

El Letrado del Ayuntamiento opone que conforme al artículo 8 y 96 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía (RDU



en adelante), no solo los actos de construcción están sujetos a licencia, si no también el uso. En el presente supuesto, por un lado se ha incrementado la superficie edificable y, por otro, se ha modificado el uso del inmueble en situación legal de fuera de ordenación. Situación que, si bien otorga un determinado estatus al considerar "inatacable físicamente" la edificación mientras persista en el tiempo, no implica que su destino o uso este sujeto al libre albedrío del propietario, pues lo está a lo que la norma urbanística de aplicación establezca, pudiendo realizarse con carácter general obras de reparación y conservación pero, mediando licencia y no alterando el destino - uso - del inmueble. En la sentencia apelada de contrario, la Juzgadora a quo, no yerra al apreciar la clandestinidad de las obras - y el uso al que se destinaban las mismas -, pues estando sujetas a licencia, éstas no contaban con la misma, llegando a realizarse por el recurrente hasta una ampliación, del todo inviable. De haber actuado de buena fe el recurrente, habría solicitado, previamente, licencia para la ejecución de obras y cambio de uso que efectivamente realizó que le habrían sido denegadas al contravenir la normativa urbanística en vigor.

Del expediente administrativo resulta que en el informe técnico de licencias que obra al folio 118 del expediente administrativo consta que con fecha de 30 de junio de 2015 se presentó un escrito denunciando la ejecución de obras aparentemente ilegales en planta NUM000 del edificio sito en DIRECCION000 número cuatro. Con fecha de 14 de diciembre de 2015 y con fecha de 2 de marzo de 2017 se realizan informes de inspección haciendo costar una ampliación de 6,25 m², así como un uso actual de vivienda. Dicha ampliación y cambio de uso de almacén a vivienda se deduce de la licencia otorgada para la instalación de ascensor en el expediente NUM001 en base a la documentación técnica obrante del estado reformado de la planta NUM000 y el uso original destinado a almacén. Con fecha de 23 de marzo de 2017 se dictó una resolución de incoación de procedimiento de restauración del orden jurídico perturbado mediante la legalización de las actuaciones consistentes en ejecución de una ampliación de edificación que afecta a planta NUM000, ocupando parte de la terraza y aumentando la superficie construida en 6,25 m² aproximadamente, destinado actualmente a vivienda la edificación situada en planta NUM000. Con fecha de 12 de julio de 2017 se solicitó por el denunciado la legalización objeto del informe sobre dicha ampliación y cambio de uso de almacén a vivienda. Con el escrito de alegaciones que la parte presentó, consta al folio 141 del expediente administrativo, comunicación de inicio de obras, con fecha de entrada el 23 noviembre de 2011, en la calle laurel alta del Boquerón número cuatro planta DIRECCION001, consistente en modificación de solería, sustitución de tuberías de saneamiento, tuberías de abastecimiento, azulejos, entre otras, obra que iba a tener comienzo el 24 de noviembre de 2011, la cual se aporta según se indica en el escrito de alegaciones como prueba documental de la comunicación previa para ejecutar las obras de reforma de la vivienda con efectos de licencia. Así mismo consta de los informes técnicos, en concreto del informe de 21 de marzo de 2021, que la licencia concedida en marzo de 2011 era para ejecutar obras de instalación de ascensor en el hueco de la escalera.

A la luz de lo expuesto, el motivo de impugnación de la sentencia va a ser desestimado, toda vez que no consta que el recurrente hubiera solicitado licencia para las obras que son objeto del expediente de legalización, esto es, las obras de ampliación de planta NUM000, en 6,25 m² aproximadamente, y cambio de uso de almacén a vivienda.

El artículo 8 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone que están sujetos a previa licencia urbanística municipal, sin perjuicio de las demás autorizaciones o informes que sean procedentes de acuerdo con la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, o con la legislación sectorial aplicable, todos los actos de construcción o edificación e instalación y de uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo.

2- Error en la valoración de la prueba sobre la determinación de la zona en que se ha realizado la intervención.

Expone el apelante que la actora pretendía tan solo legalizar una reforma para la adecuación de una parte pequeña de la última planta del edificio. Todas las partes intervinientes en el expediente, directa o indirectamente, han considerado "planta" a esta parte de la edificación., sin embargo erróneamente no se considera que esta planta, aun fuera de ordenación, no deja de ser un espacio privativo independiente, de aprovechamiento individualizado que es susceptible de albergar cualquiera de los usos urbanísticos asociados a la calificación urbanística. Este error, además, contradice al criterio jurisprudencial pacífico en relación a inmuebles en fuera de ordenación. Considera que el juzgador realmente ha confundido una planta con una construcción por encima de altura máxima, cuando son conceptos distintos con distintos tratamientos. Así, una planta, como concepto urbanístico, tiene un aprovechamiento urbanístico propio, mientras la construcción por encima de la altura máxima es realmente un elemento complementario al total de la edificación, que puede configurarse en la realidad como algunos de los elementos comunes tales como cubiertas, accesos a cubierta, espacios para instalaciones comunes (ascensor, telecomunicaciones, climatización...), no siendo susceptibles de uso individualizado



El Letrado del Ayuntamiento opone que el inmueble es susceptible de albergar un uso, lo que ocurre es que el propietario no tiene libertad para atribuirlo libremente, sino solo el legalmente permitido, y ello, siguiendo el oportuno procedimiento de otorgamiento de licencia.

El motivo de impugnación va a ser igualmente desestimado.

En el presente caso, consta de la escritura de compraventa la descripción del inmueble del que resulta que se compone de plantas DIRECCION002, un NUM002 de dos viviendas NUM003 y NUM004 de pisos con tres viviendas cada una, una torre cubierta y una parte de azotea, y que por error en el título anterior se consignó que solo tiene pisos NUM003 y NUM004 cuando en realidad constaba de pisos NUM003, NUM004, y NUM005.

El número de plantas máximo permitido conforme al PEPRI es de cuatro. El artículo 6.1.8 del PEPRI dispone "La altura máxima se fija en las condiciones particulares de calificación como valor límite de la altura de la edificación. A cada altura máxima, fijada en unidades métricas, corresponde un número máximo de plantas. Estas dos constantes, altura en unidades métricas y número de plantas, deberán cumplirse conjuntamente."

Así por tanto lo que queda por encima del número máximo de plantas permitido se considerará construcción por encima de la altura máxima y por tanto tal y como consta en los informes que obran en el expediente administrativo el edificio que es objeto del mismo dispone actualmente de cinco plantas sobre rasante, una planta por encima de la máxima permitida, por lo que a la última planta le será de aplicación lo establecido en el artículo 6.1.9 del PEPRI Centro de construcciones por encima de la altura máxima permitida.

No es un hecho controvertido que la última planta, que se encuentra por encima de la altura máxima permitida, está situación de fuera de ordenación. La Disposición Adicional Primera de la LOUA, respecto a la situación legal de fuera de ordenación, disponía:

"Primera. La situación legal de fuera de ordenación. 1. Las construcciones o edificaciones e instalaciones, así como los usos y actividades existentes al tiempo de la aprobación de los instrumentos de planeamiento que resultaren disconformes con los mismos, quedarán en la situación legal de fuera de ordenación. 2. El instrumento de planeamiento definirá, teniendo en cuenta la modulación expresada en el artículo 34.b) y sin perjuicio de las recomendaciones que se establezcan por las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística, el contenido de la situación legal a que se refiere el apartado anterior y, en particular, los actos constructivos y los usos de que puedan ser susceptibles las correspondientes construcciones o edificaciones e instalaciones. 3. En defecto de las directrices y determinaciones previstas en el apartado anterior se aplicarán a las instalaciones, construcciones y edificaciones en situación legal de fuera de ordenación las siguientes reglas: 1.ª Con carácter general sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización conforme al destino establecido. (...)."

En el presente supuesto, tal y como ha quedado acreditado, por un lado se ha incrementado la superficie y, por otro, se ha modificado el uso en la planta NUM000 del inmueble en situación legal de fuera de ordenación, pasando de almacén a vivienda. La cuestión que plantea en el recurso de apelación es que la sentencia incurre en error, dado que la planta aunque fuera de ordenación, es un espacio privativo independiente de aprovechamiento individualizado que es susceptible de albergar cualquiera de los usos urbanísticos asociados a la calificación urbanística.

Como se expone en el informe que obra a los folios 167 y siguientes del expediente administrativo, el artículo 6.1.8. del PEPRI centro establece en sus párrafos segundo y tercero la altura máxima, y conforme al mismo ha de entenderse que todo lo que quede por encima del número máximo de plantas permitido se considerará construcción por encima de la altura máxima. El edificio objeto del informe dispone actualmente de cinco plantas sobre rasante, una planta por encima de la máxima permitida que son cuatro, por lo que a la última planta le será aplicable lo establecido en el artículo 6.1.9 del PEPRI Centro, relativo a las construcciones por encima de la altura máxima permitida. Partiendo de este precepto el uso admitido para esta construcción por encima de la altura máxima será el que se establece en el apartado cinco y ocho del mencionado precepto pero en ningún caso uso residencial. Así mismo se recoge que es la escritura de compraventa de 17 de junio de 2009, anteriores a la licencia de 22 de marzo de 2011 no contempla ni uso residencial ni uso de almacén en la planta NUM000.

En el informe técnico que obra en el expediente administrativo al folio 118 y siguiente del expediente administrativo, consta que de acuerdo con el proyecto obrante en el Ayuntamiento visado con fecha de 31 de agosto de 2010, para instalación de ascensor, la planta NUM000 se encontraba destinada a almacén.

De cuanto antecede, se comparten los argumentos de la sentencia en cuanto que la prohibición de cambio de uso de almacén a vivienda, en la planta que conforme a la normativa urbanística vigente, ha quedado en situación de fuera de ordenación, deviene de la normativa urbanística, esto es, el PEPRI, conforme al cual aunque se trate de edificaciones antiguas, el nuevo uso no está permitido, pues el uso de construcciones



por encima de la altura máxima estará destinado a caja de escaleras, ascensores y cuarto de instalaciones especiales de acuerdo con el artículo 6.1.9. Esto es, existía un almacén, cuya ubicación se encuentra por encima de la altura permitida, la cual por el transcurso del tiempo es inatacable, sin embargo el cambio de uso y su ampliación no resulta conforme a la normativa urbanística vigente.

3.- Error en la valoración de la prueba al considerar el juzgador que se ejecutó la actuación ex novo para intentar su posterior legalización.-

Sostiene la parte apelante que la actora no creó nada ex novo, por cuanto la planta NUM000, susceptible de uso individualizado, ya estaba ejecutada decenas de años antes, estando reconocida su existencia por encima de la altura máxima. Considera que el juzgador confunde ejecutar unas obras en una planta preexistente para acondicionarla con la ejecución de la planta en sí. Lo cierto es que ese acondicionamiento de parte de la planta como vivienda no infringe la normativa, puesto que tanto el PEPRI como el PGOU no establecen restricciones de uso distintas para las plantas según su altura, aunque éstas se encuentren por encima de la altura máxima reguladora para inmuebles de nueva construcción, circunstancia que hace situar al inmueble en situación legal aunque fuera de ordenación. El artículo 6.1.9 "Construcciones por encima de la altura máxima permitida", no es de aplicación al caso que nos ocupa, por cuanto nos encontramos ante un inmueble que por razón del número de plantas sobrepasan la altura reguladora fijada por el instrumento de planeamiento. Se ha declarado en la sentencia combatida ilegal una actuación exactamente igual a las de cientos de edificios de esta ciudad, contruidos en numerosas zonas y barrios.

El Letrado del Ayuntamiento opone que al otorgar la consideración de fuera de ordenación a las edificaciones preexistentes, que no se ajustan a la legalidad urbanística vigente, le permite su subsistencia, con limitaciones, entre ellas el mantenimiento del uso que en su día fue permitido, pues el edificio en cuestión en su día obtuvo licencia que se acomodaba a la normativa en vigor, que permitió unos usos que fueron distribuidos y asignados, esos son los hoy día permitidos - y no otros - atendiendo al régimen jurídico del inmueble.

Como se alegaba en el informe del Técnico del Ayuntamiento, y resulta de las escrituras de compraventa aportadas con la solicitud de licencia de legalización no se contemplaba ni el uso de residencial ni el de almacén en la planta NUM000, pues consta que existía un torreón.

El uso de vivienda no está permitido por el PEPRI en el momento en que se realiza.

El motivo de impugnación va a ser igualmente desestimado, toda vez que como ya hemos argumentado, la situación material es la de fuera de ordenación, por lo que no es posible el cambio de uso, y la ampliación en contra de la normativa vigente, y en consecuencia la valoración realizada por la Magistrada de Instancia es acertada, a la vista de los informes técnicos que obran en el expediente administrativo, y de la normativa urbanística.

4- Error en la valoración de la prueba al considerar que por encima de la última planta pueden existir zonas con usos urbanísticos.- Infracción del artículo 34.2 LOUA y jurisprudencia concordante.

El artículo 34.2 dispone "C) *En defecto de las determinaciones a que se refiere el apartado anterior, se aplicarán a las instalaciones, construcciones, obras y edificaciones en situación de fuera de ordenación las siguientes reglas:*

1.ª Con carácter general sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización conforme al destino establecido. Salvo las autorizadas con carácter excepcional conforme a la regla siguiente, cualesquiera otras obras serán ilegales y nunca podrán dar lugar a incremento del valor de las expropiaciones.

2.ª Excepcionalmente podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación, cuando no estuviera prevista la expropiación o demolición, según proceda, en un plazo de cinco años, a partir de la fecha en que se pretenda realizarlas. Tampoco estas obras podrán dar lugar a incremento del valor de expropiación.

Argumenta que la sentencia arrastra y hace suya las consideraciones del informe técnico municipal, que yerra de plano. Cuando la sentencia expresa que "...dentro de los usos para construcciones por encima de la altura máxima no es posible el de vivienda..." ha errado por cuanto no ha tenido en cuenta que la norma no regula usos urbanísticos por encima de la última planta o altura máxima. Efectivamente, es fácilmente comprobable que ninguno de los instrumentos de planeamiento que inciden en el ámbito del inmueble de referencia (PEPRI / PGOU) establecen condiciones de uso distintas para las plantas según su altura, aunque éstas se encuentren por encima de la altura reguladora. Por tanto, una vez que es reconocida la planta por encima de la altura máxima no debe impedirse su aprovechamiento urbanístico atendiendo al régimen especial definido para inmuebles en fuera de ordenación (art. 34.2 LOUA matizado por la jurisprudencia), negar la posibilidad de implantar los usos urbanísticos que derivan de la calificación, en régimen de complementariedad o compatibilidad y, en concreto, el uso de vivienda en una planta en situación legal de fuera de ordenación por



razón de su altura- como hace la sentencia combatida- es contrario al criterio jurisprudencial sobre inmuebles en situación legal de fuera de ordenación. En este sentido, cita la sentencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 13/06/1980). La sentencia no solo niega el uso de vivienda sino que niega la posibilidad de implantar usos urbanísticos y, en consecuencia, cualquier posibilidad de aprovechamiento individualizado.

Ahora bien, como se alega por el Letrado del Ayuntamiento no hay confusión en la motivación de la sentencia, en los términos indicados por la apelante, pues en la misma no se dice que no puedan implantarse usos, ni que la edificación no pueda subsistir.

En el fundamento jurídico tercero de la sentencia, lo que se argumenta es *"Por tanto debe concluirse con que la prohibición de cambio de uso por encima de la altura máxima es plenamente vigente tanto en nuevas como antiguas construcciones para usos de nueva implantación, esto es, que se implantan después de la aprobación del PEPRÍ" y con anterioridad en el mismo fundamento se indica "Y es que efectivamente, la prohibición del cambio de uso de almacén a vivienda, por encima de la altura máxima, está vigente en la normativa urbanística actual que lo prohíbe, no para nuevas construcciones, sino que se prohíbe para nuevos usos o para usos de nueva implantación después de la aprobación de PEPRÍ, aunque se trate de edificaciones antiguas"*

La sentencia que se invoca en el escrito de apelación del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4, del 13 de junio de 1980 (ROJ: STS 1609/1980 - ECLI:ES:TS:1980:1609), con base al artículo 48 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana dice *"la razón de ser del referido artículo 48 no es otra que la de armonizar la necesidad de que el inmueble fuera de ordenación no prolongue su existencia más allá de lo que cabe esperar de él (por el estado) por el estado de vida de sus elementos componentes, con la realidad de que su desordenación no implica que tenga que desaparecer de modo inmediato, con lo que sería contrario a toda lógica que, mientras subsista, no desenvuelva su aptitud como bien económico - social que es y, absurdamente, haya de estar condenado de modo irremisible a no prestar utilidad alguna"*. Ahora bien, no es este el caso enjuiciado, en el que la sentencia aquí recurrida, ya establecía en el fundamento jurídico tercero *"Partiendo por tanto del mantenimiento del almacén y su ubicación por encima de la altura permitida como algo inatacable por su antigüedad, lo cual es un hecho incontrovertido que debe mantenerse"*. Esto es, la situación material es la de fuera de ordenación, siendo inatacable el mantenimiento como almacén pero lo que no está permitido es realizar obras y establecer usos, que excedan de lo permitido para este tipo de edificaciones para las que el art. 34 y la Disposición Adicional primera de la LOUA solo permiten, con carácter general, las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización conforme al destino.

5- Error en la valoración de la prueba en relación a la entidad o alcance de la actuación.

Se expone que ha quedado acreditado que no ha existido ampliación por cuanto, los 6,25 m² incorporados a la vivienda no son computables por encontrarse cubiertos y cerrados a tres caras. El parámetro urbanístico altura máxima es de aplicación en el control que se ejerce en una actuación de edificación en la que se modifica la altura como dimensión física del inmueble, ya sea en una obra nueva o una intervención sobre una edificación existente. No cabe aplicar el parámetro de altura máxima en una reforma interior sobre una edificación existente salvo para determinar si se encuentra ordenado o fuera de ordenación y verificar que las obras que se realicen no excedan del régimen jurídico de la situación legal de fuera de ordenación parcial definido por el art. 34.2. LOUA. En relación con todo lo anteriormente expuesto, debe atenderse a que los únicos usos que no se pueden implantar en la última planta del inmueble son los que no son permitidos por la calificación. Por encima de esta planta, se encuentran los elementos constructivos existentes por encima de la altura máxima, que tienen el carácter de elementos que prestan servicio al conjunto edificatorio tal y como se ha señalado. Así que a las edificaciones en la situación en situación legal de fuera de ordenación se les concederá la licencia de ocupación o utilización si se mantiene el uso originario o, en el caso de cambio de uso, si el nuevo uso resulta compatible con la ordenación territorial y urbanística vigente. Finalmente, se invoca el contenido del artículo 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

El Letrado del Ayuntamiento opone que la entidad de la infracción no se considera solo por la entidad de la obra ejecutada, siendo intranscendente a estos efectos el alcance constructivo de lo añadido a la edificación antigua, pues constituye infracción al haberse realizado sin licencia y sin posibilidad de obtenerla, tal y como ocurre con el cambio de uso, igualmente tipificado como infracción cuando el mismo no es factible. Además, no concurren los presupuestos establecidos en el artículo 48 del RDUA, invocado de contrario, pues no se da el presupuesto básico del que ha de partir la aplicación del principio de proporcionalidad en materia urbanística, es decir la imposibilidad o dificultad (mucho) en la reposición de la legalidad vulnerada.

No se aprecia error en la valoración de la prueba, la sentencia se fundamenta en los informes técnicos que obran en el expediente administrativo, de los que resulta la ampliación en 6,25 m² aproximadamente de la



superficie construida, así como el carácter de ilegalizable, lo que no ha sido combatido por prueba pericial en contrario.

SEXTO.-Procede, en consecuencia, desestimar el recurso de apelación. En cuanto a las costas de esta instancia, se imponen a la parte apelante en aplicación del art. 139 de la Ley Jurisdiccional, limitando las mismas a un máximo de 1000 € por todos los conceptos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación 247/22 interpuesto por la representación procesal de EDIFICIOS INDUSTRIALES GRANADINOS SL. contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Granada, de 13 de octubre de 2021, recaída en el procedimiento ordinario 460/20, confirmando la misma.

Se imponen las costas a la parte apelante con el límite del fundamento jurídico último de esta resolución.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo, al lugar de procedencia de éste.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 1749000024024722, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

En caso de pago por transferencia se emitirá la misma a la cuenta bancaria de 20 dígitos: IBAN ES5500493569920005001274.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Diligencia.-Entregada, documentada, firmada y publicada la anterior resolución, que ha sido registrada en el Libro de Sentencias, se expide testimonio para su unión a los autos. Doy fe.